



# 以习近平文化思想为指导推进法治文化建设

## 前沿关注

□ 高小雯

中共中央办公厅、国务院办公厅于2021年4月5日联合印发了《关于加强社会主义法治文化建设的意见》。2023年10月7日至8日在北京召开的全国宣传思想文化工作会议上首次提出了习近平文化思想。习近平文化思想是新时代党领导文化建设实践经验的理论总结,丰富和发展了马克思主义文化理论,标志着我们党对中国特色社会主义文化发展规律的认识达到了新高度。社会主义法治文化是中国特色社会主义文化的重要组成部分,是社会主义法治国家建设的重要支撑。因此,需要从坚持党的领导,推动中华优秀传统文化创造性转化、创新性发展,推进法治文化教育、筑牢法治宣传阵地,数字赋能法治文化建设,加强法治文化交流等方面完善法治文化建设。

### 坚持党的全面领导是法治文化建设的根本保障

首先,坚持党的领导要求强化组织领导,各级党委和政府要高度重视社会主义法治文化建设,加强领导、统一部署,将法治文化建设纳入总体规划,成为优化营商环境、示范创建等工作的重要内容。党政主要负责人要履行第一责任人职责,积极解决法治文化建设中的问题,为法治文化的深入推进提供坚强领导。其次,要健全工作机制,建立健全党委统一领导、政府主导实施、部门分工负责、社会力量积极参与的社会主义法治文化建设工作机制,以确保各方的有序协同推进。这一工作机制的设计要精细有序,确保各个环节协同配合,形成有力的推动力。最后,要强化人才培养,坚持立德树人、德法兼修,建设高素质的法治工作队伍,实施法治人才教育计划,深入推广社会主义核心价值观和法治理念。加强法治文化专业队伍建设,普法讲师团服务管理规范化,推进法治文化志愿服务体系,提升服务水平,实现志愿服务常态化、便利化、品牌化。强化法治报刊出版网络队伍建设,培训法治新闻采编人员。发展法治文化理论研究,培养学科带头人,完善法治文化人才培养评价体制机制。

### 推进法治文化教育,筑牢法治宣传阵地

推进法治文化教育,首先要坚持抓住领导干部这个关键少数,各地各部门要分级分类制定领导干部应知应会党内法规和国家法律清单,把领导干部应知应会党内法规和国家法律学习纳入干部教育体系,建立健全领导干部学法用法激励机制,增加法治意识标准作为领导干部准入门槛,推动领导干部带头学法经常化、制度化,其中尤其重视增强领导干部宪法意识,将宪法作为领导干部法治素养评估和年度述职的基本内容。

### 推动中华优秀传统文化创造性转化、创新性发展

先进的法治文化是建设法治国家的文化基础。文化自信来源于中华优秀传统文化的丰富底蕴。推进法治文化建设,需要深入研究中华优秀思想和制度,推动传统法律文化创造性转化、创新性发展,使之焕发新的生命力。推动法治文化研究阐释持续深化,古代中国对法治有着丰富的理论总结和实践探索,民为邦本、礼法并用、法令至行、公平无私、以道为常、以法为本、以和为贵、明德慎罚等中华传统法律文化精华,体现出古代中国人在法治方面的优秀思想和理念。

推进社会主义法治文化建设,传承中华法系,要注重研究我国古代法治文化传统和制度的成败得失,汲取营养、择善而用,持续深化中华优秀传统文化的挖掘整理、研究阐发。

### 数字赋能法治文化建设

数字赋能法治文化建设,首先要坚持以习近平文化思想为指导。推动法治文化数字化建设,数字化只是外在形式,内在本质仍是以习近平法治思想、习近平文化思想为指导,法治文化数字化过程中要充分坚持党的领导,坚持在法治轨道上推进国家治理体系和治理能力现代化,让人民群众在数字应用场景中体悟法治精神,以数字化形式呈现法治精神内涵与价值追求,将社会主义法治文化内化为法治信仰,外化为法治自觉。

### 加强法治文化交流,促进合作共赢

一方面,在“一带一路”建设中发挥法治文化作用,加强法治文化国际交流,通过设立国际法治论坛,建立国际法治教育合作机制,成立国际法治文化组织等方式,加强法治文化国际交流的双向路径;另一方面,建立涉外工作法治制度,加快我国法域外适用的法律体系建设和研究,进一步深化法律服务合作,积极开展政治对话、经济合作、文化交流提供法律支持,以法治力量服务推动构建人类命运共同体。此外,把建设社会主义法治文化作为提高国家文化软实力的重要途径,拓展法治文化国际交流的多重平台,推动法学院校间的法律学习交流项目,组织国际学生交流和合作课程,培养法治文化国际交流的高端人才,让社会主义法治文化真正走出去。



国家治理体系和治理能力现代化,让人民群众在数字应用场景中体悟法治精神,以数字化形式呈现法治精神内涵与价值追求,将社会主义法治文化内化为法治信仰,外化为法治自觉。

### 加强法治文化交流,促进合作共赢

一方面,在“一带一路”建设中发挥法治文化作用,加强法治文化国际交流,通过设立国际法治论坛,建立国际法治教育合作机制,成立国际法治文化组织等方式,加强法治文化国际交流的双向路径;另一方面,建立涉外工作法治制度,加快我国法域外适用的法律体系建设和研究,进一步深化法律服务合作,积极开展政治对话、经济合作、文化交流提供法律支持,以法治力量服务推动构建人类命运共同体。此外,把建设社会主义法治文化作为提高国家文化软实力的重要途径,拓展法治文化国际交流的多重平台,推动法学院校间的法律学习交流项目,组织国际学生交流和合作课程,培养法治文化国际交流的高端人才,让社会主义法治文化真正走出去。

## 观点新解

### 王若冰谈对生成式人工智能服务提供者过错的认定——应以现有技术水平作为判断标准



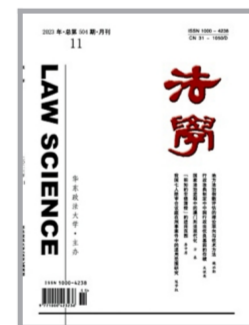
中国人民大学法学院王若冰在《比较法研究》2023年第5期上发表题为《论生成式人工智能服务提供者过错的认定——以“现有技术水平”为标准》的文章中指出:

生成式人工智能的出现,标志着我们已经进入了一个人工智能时代,生成式人工智能以亿万的庞大数据为参数,具有更出色的生成能力,其用途极为广泛,且难以估量的应用价值。但生成式人工智能也可能产生大量的虚假信息,还可能构成对他人知识产权的侵害,并由此引发侵权的法律风险。从促进和规范人工智能产业发展,鼓励科技创新出发,应当对生成式人工智能服务提供者过错的认定,应当以现有技术水平作为判断标准。

所谓“现有技术水平”认定服务提供者过错的标准,一方面,应当以其作为认定生成式人工智能服务提供者对损害的发生是否具有过错。过错的判断就是要求生成式人工智能服务提供者能够证明,按照损害发生时的技术发展水平,可以采取必要的措施来预防和预防相应损害的发生,但服务提供者没有采取必要的技术措施避免损害的发生时,则应当认定其存在过错。另一方面,在损害扩大的情形,认定服务提供者是否具有过错,如果按照当时的技术发展水平无法避免相关损害事故的扩大,则其可以主张因不具有过错而不构成侵权责任,自然也就无需承担侵权责任。在实践中,生成式人工智能服务提供者过错的认定也涉及模型设计是否合理,操作是否适当等特殊的技术问题,这也需要结合当前的运算科学能力和操作技术水平来进行判断。具体来说,需要从时间维度、行业维度和地域维度三个层面判断生成式人工智能服务提供者的过错。

按照现有技术标准认定服务提供者的过错时,应当考虑生成式人工智能服务提供者在输入信息的真实性、输出信息的真实性以及服务提供者违反个人信息安全保证义务等方面,在现有技术条件下是否尽到了采取了必要措施的义务,是否尽到了预防和防范的义务,从而认定其是否具有过错。同时,考虑到现有技术条件下生成式人工智能侵权的特殊性,应当对服务提供者变通适用通知规则。

### 王倩谈“网约工”劳动权益的保障——可通过劳动法与数据法共同发力



上海政法学院王倩在《法学》2023年第11期上发表题为《论“网约工”劳动权益的数据法保护路径》的文章中指出:

过去几年,平台经济在世界范围内迅速发展壮大,带动了相关的灵活就业。如何在促进平台经济健康发展、维持市场有序竞争和创新活力的同时,保障“网约工”的劳动权益,实现更充分、更高质量的就业,是各国都面临的挑战。“网约工”是指通过网络平台向消费者等第三方提供有偿劳务的人员。

平台经济涉及多个行业、多种岗位,不同类型平台的组织经营和用工模式存在差异,而同类型平台的用工模式也会随着组织经营的需求改变而变化,由此,“网约工”的身份属性呈现多元化,不可能完全被劳动法所覆盖。现有的劳动法机制无法完全解决平台用工中算法管理和数据路径带来的新问题,所以需要另辟蹊径,探索数据法保护路径。一方面要继续革新改进劳动法来应对平台用工带来的冲击,另一方面要探索适用数据法保护“网约工”劳动权益的路径。

在平台用工中,算法被广泛地用于筛选、调度、监督、评价,甚至操纵“网约工”。为了保障算法透明,设置平台算法信息披露义务有其必要性。预防算法压榨需将“网约工”的劳动权益保障作为算法的核心指标,并提供工作条件影响评估等制度支持。而应对算法歧视,不仅要从事前设计入手,避免平台对“网约工”的歧视,还需要对重大决策的人工干预和审查机制。这既是从理论上确保对人格尊严的尊重,也是确保算法决策公平合理的要求以及在平台内部为“网约工”设置及时沟通和有效救济的关键途径。

劳动数字化在平台用工中贯彻得尤为彻底,“网约工”的劳务提供过程无一不伴随着大量的数据处理。面对此种挑战,要适当限制平台对“网约工”个人信息的处理,在劳动基准相关立法中就个人信息保护作出专门规定,通过国家对平台的监督、强制和惩罚来实现个人信息的公权力保护。让“网约工”能够主张相应的数据权,包括就“黑箱”行使知情权和算法解释权,就违法差评行使删除权,就用户评价行使可携带权,就证据材料行使查阅复制权,依法与平台抗衡。

数字化时代,法律变革中应树立数据、代码和算法的正义观,具体到平台用工问题上,可以通过算法规制和数据保护来实现“体面劳动”。是故,有必要打破门户之见,在革新劳动法的同时激发数据法的作用,通过两法相互配合共同发力,为“网约工”劳动权益提供更为全面的保障。

(赵珊珊 整理)

# 再论建设用地使用权出让合同的民事属性

## 前沿话题

□ 屈茂辉 (湖南大学法学院教授)

建设用地使用权出让合同长期以来被认为是民事合同,2020年6月司法机关将该出让合同定性为行政协议。在民法典实施的背景下,重申建设用地使用权出让合同定性问题,不仅涉及国有土地所有权及其行使法律体系的科学解释问题,还涉及行政机关的行政管理与机关法人职能分界的重重大理论问题,更关乎习近平总书记关于国家治理体系和治理能力现代化思想的实现,而划拨则是不依赖于市场的政府行为;出让是机关法人出于资源配置效率之需的土地所有权的行使,而划拨是行政机关基于公共利益之需的土地行政管理。出让是依我国实践需求而创设的法律概念,其不仅内蕴并行的双向行为——出让人为受让人设立土地使用权而受让人支付土地出让金,还隐含着促成行为产生的市场机制,本质上这就是公平交易建设用地使用权的民事法律行为。

出让合同的重心在于建设用地使用权这一财产权,这一行为的本质就是民法典第一百三十三条定义的民事法律行为。虽然民法典将出让合同的规定置于物权编而非合同编,但不论该规定居于民法典的什么位置,均不影响其民事法律性质——出让合同主要受到民法典规范,也是民法典规范的重要合同类型。并且在相关行政法规以及行政机关制定的合同示范文本中,该合同也是以地位平等、意思自治、交易公平的民事性为本位。土地管理法等公法关于出让合同的规定,部分属于民事特别规范;部分是用于规制出让内容、程序、目的的行政法规,为出让制度的实施提供规范依据。那种认为出让合同之民事属性是行政性而非民事性的观点,混淆了合同本体内内容与合同相关的行政管理内容,诚如最高人民法院在司法解释中所言,合同出让方的义务为“将国有土地使用权在一定年限内让与受让方”,而受让方的义务为“支付土地出让金”,合同的核心内容就是平等、自愿且公平形成的建设用地使用权交易。

认真分析可知,建设用地使用权出让合同的公法规范仅在辅助民事行为发生而非改变出让合同的法律性质。土地管理法、城市房地产管理法等有关出让合同的条款表面上似乎只是关于行政机关的法定职责,但本质上是补充与完善民事法律规范,是辅助民事法律行为发生而构造的关于合同主体和客体的规范——解决谁来出让、出让什么、怎么出让等问题,充当的是围绕“太阳”公转的“行星”角色。

通过特征对比可以发现,依民法典第三百四十七条、第三百四十八条,无论采用招标、拍卖还是协议方式出让,建设用地使用权出让的缔约合意中,出让主体的意志并无强制力,受让人可参与合同也可不参与合同,其合意属自治之合意;而且合同内容中未融入行政权成分,其核心为当事人各自依约出让与受让建设用地使用权,获取与支付相应对价。出让合同既不是为实现行政管理或者公共服务目标,其协议内容并非行政法上的权利义务。

出让合同行政协议说的问题,恰恰在于混淆了行政法上的权利义务、行政优益权、行政管理三者之间的关系,背后隐藏着体系性的危机。一是有害合同正义与司法公平,将带来合同订立直至履行的不正义。导致行政机关不断强化其出让合同行政性的认知,提高合同订立直至履行中的行政强制性而弱化其民事合意性。行政机关(尤其是地方行政机关)往往容易滥用“国家利益、社会公共利益”的名义而损害合同相对方的利益(违法征收便是例证),合同解除的结果实际上是“违约补偿”而不是“违约赔偿”。二是徒增裁判与诉源治理的司法困境,封闭了仲裁路径,“人为”将大量原来可仲裁的案件“推”到了行政诉讼轨道上,增加了“案多人少”的矛盾。三是有悖于现代法治精神,使本已明确区分的行政行为与民事行为走向混淆,不利于“构建职责明确、依法行政的政府治理体系”,四是有害于法的体系性,引发更多争议。此外,将出让合同定性为行政协议,还极易导致出让主体将行政合法性的风险转嫁于合同相对人。

几十年来,出让合同作为民事合同的司法实践也没有任何问题,完全没有必要通过司法解释对其性质予以改变。不过,建设用地使用权出让合同并不纯粹是民事合同,而应是包含一定公法内容的特殊民事合同,概言之,我们首先应确定出让合同的民事合同性质,其次是针对其公法内容进行特别规范。



人少”的矛盾。三是有悖于现代法治精神,使本已明确区分的行政行为与民事行为走向混淆,不利于“构建职责明确、依法行政的政府治理体系”,四是有害于法的体系性,引发更多争议。此外,将出让合同定性为行政协议,还极易导致出让主体将行政合法性的风险转嫁于合同相对人。

几十年来,出让合同作为民事合同的司法实践也没有任何问题,完全没有必要通过司法解释对其性质予以改变。不过,建设用地使用权出让合同并不纯粹是民事合同,而应是包含一定公法内容的特殊民事合同,概言之,我们首先应确定出让合同的民事合同性质,其次是针对其公法内容进行特别规范。

(原文刊载于《中国法学》2023年第6期)

# 2023年推进中国式刑事法治现代化回顾与展望

## 前沿观点

□ 刘艳红 (中国政法大学刑事司法学院院长、教授)

2023年中国刑事法学研究坚持以问题为导向,密切关注并积极回应犯罪治理前沿问题,提出一系列反映刑事法学研究创新发展的新思想、新观点、新方法,并在实践中检验和深化学术成果,为推进中国式刑事法治现代化提供科学的理论支撑和有力的智力支持。

### 刑事一体化思想的创新与发展与深化践行

刑事一体化思想被刑事法学界深化应用于研究逮捕羁押必要性实质审查、企业合规出罪、网络暴力治理等新问题,不断推陈出新。有学者提出,深入贯彻少捕慎诉慎押刑事司法政策,须在刑事一体化视野下通过无罪推定原则和罪刑法定原则的法治实践实现由入罪导向向出罪导向的理论转换,推进捕诉押的实质审查;也有学者认为,刑事一体化的企业合规出罪机制之构建既要在刑法中确立体系性的企业合规责任制度,也应在刑事诉讼法中建立全流程合规评估与程序分流机制;还有学者主张,惩治网络暴力应坚持刑事一体化理念,将网络暴力的治理重心由事后追责转向事前预防和事中救济,着力建构长效机制,并将畅通刑事追诉程序作为网络暴力刑事治理的破题之举。

### 民营企业内部人员腐败犯罪治理的立法转型

刑法学界围绕民营企业内部人员腐败犯罪治理相关问题展开深入研究,为国家立法建言献策。有学者提出,应构建与公有制经济有限差异下的依法平等保护原则,着力完善民营经济、民营企业的刑事立法,强化对刑法不当介入民营经济的制约;另有学者提出,刑法立法应当坚持相对对称原则,刑法修正案(十二)草案通过修正非对称性

则进行实质改革;还有学者提出,刑法再法典化应以刑法法理为根本遵循,制定兼具实质理性与形式理性的永续模式的刑法典,刑法总则再法典化涉及价值体系、定罪体系、犯罪分类体系、刑罚体系四大体系的完善,刑法分则再法典化应重点关注刑法渊源多元化、“人前物后”的结构体系、罪刑关系的合理配置,改进“章少节多”“同质分立”的体系四类关键问题。

### 刑法解释论的立场争鸣与司法运用

刑法学界从刑法解释论的角度围绕保护法益、解释方法、价值判断、危险犯、持有犯、因果关系、正当防卫、违法性认识错误、罪量要素、过失犯、法定犯违法性判断等教义学基础理论问题展开探索与争鸣,为司法实践中处理疑难、复杂案件提供了方向指引和理论支撑。例如,有学者对具体犯罪保护法益的确定依据、确定标准以及抽象危险犯的识别、分类与判断等刑法总论中的重点问题作出深刻精细的阐释;另有学者认为,刑法解释应当严格恪守以形式理性为基础的形式思维,以可能语义作为最宽的解解释边界,并且禁止类推;也有学者强调,应对司法功能主义衍生的刑法“创造性解释”进行必要的限制,不能仅从处罚必要性出发进行实质解释,需要承认立法者“意图性的法律空白”;还有学者指出,传统刑法解释学陷入主观、客观的二元对立,与我国解释学实践上“合法又合理”的目标定位存在裂缝,应在确保主观性前提前提下追求价值判断论证的主体间性。

### 民营企业内部人员腐败犯罪治理的立法转型

刑法学界围绕民营企业内部人员腐败犯罪治理相关问题展开深入研究,为国家立法建言献策。有学者提出,应构建与公有制经济有限差异下的依法平等保护原则,着力完善民营经济、民营企业的刑事立法,强化对刑法不当介入民营经济的制约;另有学者提出,刑法立法应当坚持相对对称原则,刑法修正案(十二)草案通过修正非对称性

刑法规定,有助于实现国有单位人员与非国有单位人员腐败行为的对称性入罪对称;还有学者建议通过删改刑法修正案(十二)草案对刑法第一百六十五条、第一百六十六条、第一百六十九条扩大主体范围的表述,且能避免罪数认定与法条引用的难题,对加重构成要件与从重处罚情节应作明确、具体描述,不宜采用兜底表述。

### 法院参与涉案企业合规改革的理论与路径

法院参与涉案企业合规改革开启了刑事合规研究的新阶段,围绕法院如何参与涉案企业合规改革,刑法学界进行了热烈的研讨。有学者提出,涉案企业合规改革的关键在于责任理论的更新,合规责任论应取代转嫁责任论,成为与涉案企业合规改革要求相适应的单位犯罪责任理论;另有学者指出,法院在审判环节参与涉案企业合规改革被赋予三种定位:一是对启动合规整改程序的批准主体,二是开展企业合规整改的组织主体,三是对企业合规成效的审查和确认主体;也有学者归纳总结目前法院参与涉案企业合规案件存在被动接受模式、独立启动模式、联合考察模式和接力考察模式四种模式;还有学者认为,在不起诉案件中,法院可以通过参加听证会的方式参与轻罪不起诉程序,使听证程序更为科学合理,但在重罪不诉的问题上应当慎重。

### 新型网络暴力刑法规制的基本原理与体系建构

刑法学界聚焦网络时代社会治理的现实问题,围绕柔性新型网络暴力违法犯罪的刑法规制问题展开研究。有学者提出,可采用“网络暴力的核心特征+可能构成犯罪的行为”的方式界定网络暴力的概念;也有学者提出,应将造成严重后果的网络语言性、人身搜索性和寻衅滋事性网络暴力行为,分别扩大解释适用于诽谤罪、侮辱罪、侵犯公民个人信息罪和寻衅滋事罪的行为方式中;另有学者主张,应新设网络暴力罪,并适用公诉程序追究



刑事责任;还有学者认为,网络暴力治理会呈现民事责任、行政责任和刑事责任诸多责任实现方式错综交织的复杂结构,应优化责任衔接;此外,有学者从反网络暴力专门立法层面提出,积极推进网络暴力治理的法治化转型及立法体系建构,既要树立协同共治理念,也要确立系统性法治模式。

### 优化犯罪附随后果与建立轻罪前科消灭制度

刑法学界聚焦优化犯罪附随后果、建立轻罪前科消灭制度等问题展开深入研究。有学者主张,轻罪时代的犯罪控制策略应当是规范性的,应采取多元化且合比例的应对措施,以法定原则为导向确定合理规范化路径,以社会危险性为核心构建适用标准;也有学者认为,“刑罚量轻而附随后果重”的倒挂现象阻碍着轻罪治理体系的构建,应将犯罪附随后果的功能定位于监管性,借助刑法规制使犯罪附随后果制度的运用实现协调化、规范化,同时需要构建复权制度与前科消灭一同化解规范性评价;还有学者进一步提出,僵硬的“前科消灭”阻碍了犯罪人复归社会,“惩罚过剩”问题突出,潜藏巨大风险,扩张犯罪记录封存制度的适用范围是治标之策,增设轻罪前科消灭制度才是治本之道,主要包括前科的概念、前科消灭的条件、范围、程序、效力等。

(赵珊珊 整理)